



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO - FD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA CAMILLA SILVA MACHADO

**ARTIGO 22, III, “D” DA LEI 11.101/05: UMA ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE
CORRESPONDÊNCIA**

BRASÍLIA-DF

2017

AMANDA CAMILLA SILVA MACHADO

**ARTIGO 22, III, “D” DA LEI 11.101/05: UMA ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE
CORRESPONDÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito na Universidade de Brasília, sob orientação do Professor Doutor Fabiano Hartmann Peixoto.

BRASÍLIA – DF

2017

AMANDA CAMILLA SILVA MACHADO

**ARTIGO 22, III, “D” DA LEI 11.101/05: UMA ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE
CORRESPONDÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito na Universidade de Brasília, sob orientação do Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto.

Data: ____/____/____

Nota: _____

Professor Doutor Fabiano Hartmann Peixoto
Orientador – UnB

Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto
Avaliador – UnB

Professor Mestre Leandro Oliveira Gobbo
Avaliador – UnB

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades. Aos meus pais, Marlene e Fernando, e a toda minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Aos queridos amigos e amigas, em especial Luiza, Maria Luiza, Raísa, Débora e Bruno, pelo incentivo nesses anos de FD-UnB, por trazerem-me felicidade na correria de cada semestre, pela ajuda nos momentos difíceis, pelas alegrias e histórias compartilhadas.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram a janela da qual hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. Ao meu orientador, Dr. Fabiano Hartmann, grande professor e grande pessoa. Muito obrigada por suas análises minuciosas e sugestões de grande valia para a conclusão do trabalho. Aos professores João Costa Neto e Leandro Gobbo, pelo pronto atendimento à solicitação de pertencerem à Banca de Monografia desta pesquisa.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

EPÍGRAFE

Violar um princípio [...] É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

(Celso Antônio Bandeira De Mello)

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise literal do artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 11.101/05, partindo-se da premissa de que ele é inconstitucional. O referido artigo permite ao Administrador Judicial receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa falida. Para tanto, utiliza-se abordagem histórica e doutrinária. Efetua-se uma revisão bibliográfica sobre a nova Lei de Falências, o papel do Administrador Judicial nesse contexto e suas competências, os limites do princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência, além da revisão bibliográfica do citado artigo. A pesquisa é feita sob a luz da Constituição Federal e da legislação Penal, a fim de verificar se o referido artigo estaria em concordância com o ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se que o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 11.101/05, fere a Constituição, na medida em que retira o direito à privacidade do sócio devedor, além de poder induzir o Administrador Judicial a cometer crime tipificado na legislação Penal. Ele deve, desse modo, ser retirado do ordenamento por meio de sua declaração de inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Falências. Sigilo. Correspondência. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work seeks to make a literal analysis of article 22, item III, letter "d", of Statute nº 11101 / 05, starting from the premise that it is unconstitutional. This article allows the Receiver to receive and open mail directed to the debtor, delivering to him what has no relation to the bankrupts procedure. For this, a historical and doctrinal approach is used. A bibliographical review is carried out on the new bankruptcy law, the role of the Receiver in this context and on his powers, the limits of the constitutional principle of inviolability of correspondence, besides the bibliographical revision of the mentioned article. The research is done in the light of the Federal Constitution and the Criminal Law, in order to verify if the article would be in agreement with the Brazilian Legal Order. It is understood that Article 22, item III, letter "d", of Law 11,101 / 05, violates the Constitution, insofar as it removes the right of privacy of the debtor partner, in addition to being able to induce the Receiver to commit crime criminal law. He must, therefore, be removed from the order by means of his declaration of unconstitutionality.

KEYWORDS: Bankruptcy law. Secrecy. Correspondence. Unconstitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI FALIMENTAR.....	12
1.1 Lei de Falências - Lei nº 11.101/05.....	12
1.2. Partes integrantes do processo falimentar.....	14
1.2.1. Administrador Judicial.....	16
1.2.1.1 Remuneração do Administrador Judicial.....	18
1.2.1.2 Substituição e destituição do Administrador Judicial.....	19
1.2.1.3 Atos processuais exercidos pelo Administrador Judicial.....	20
1.2.1.4 Poderes do Administrador Judicial.....	22
2. A LEI FALIMENTAR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	24
2.1 Direitos fundamentais.....	24
2.1.1 Princípio da proteção à inviolabilidade do sigilo de correspondência.....	25
2.2 Artigo 22, III, d da Lei 11.101/05 em relação à inviolabilidade do sigilo de correspondência.....	27
3. A LEI FALIMENTAR EM CONTRAPONTO À LEGISLAÇÃO PENAL.....	33
3.1 O crime de violação de correspondência.....	33
3.2 Exclusão de ilicitude e erro de tipo.....	37
3.3 Alternativas constitucionais ao problema.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à inviolabilidade de correspondência no artigo 5º, XII: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações, telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Sendo assim, esse direito constitucional aplica-se a todos os cidadãos brasileiros, admitindo-se alguma flexibilização ou limitação, nos moldes que a lei estabelecer, ou seja, apenas no âmbito material e processual penal.

Tratando-se de direitos e garantias individuais, o disposto no referido princípio é protegido por cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-lo, ou seja, a proteção prevista pelo referido princípio não pode ser abolida por emenda constitucional. Em decorrência disso, também não pode ser alterada por lei infraconstitucional e deve ser observada por toda a legislação pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Questiona-se, portanto, a constitucionalidade do artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei 11.101/05, lei referente a Direito Comercial/Empresarial que, mesmo assim, permite ao Administrador Judicial “receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa falida”.

Observa-se que não há como saber o que é de interesse da massa falida e o que é de interesse pessoal do sócio devedor, passando assim, toda a correspondência dirigida a ele, inclusive a correspondência eletrônica, como e-mail e SMS, pelas mãos do Administrador Judicial.

Violação de correspondência é crime tipificado pelo artigo 40 da Lei 6538/78 e que reserva pena de detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa a quem “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”, o que se subsume aos ditames do referido artigo da Lei de Falências.

Poder-se-ia, portanto, induzir o Administrador Judicial a cometer crime, o que lhe traria diversas consequências não somente sociais como também profissionais. Por mais que fosse absolvido por erro de tipo, as consequências de responder por processo criminal ficariam marcadas em seu histórico profissional.

Assim, há um impasse: duas leis de mesma hierarquia, a Lei 6538/78, referente a Serviços Postais, e a lei 11.101/05, Lei de Falências, se contradizendo e, acima, a

Constituição, por meio de um princípio geral proibindo o disposto no referido artigo da lei falimentar.

Por esse motivo, é possível afirmar que o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei Falimentar, é problemático, quando contraposto ao princípio da inviolabilidade de correspondência. O referido artigo também se contradiz com a legislação penal vigente no Brasil.

Três possíveis soluções para o problema foram apontadas. A primeira seria o artigo ser declarado inconstitucional, pois a afronta a norma fundamental e, com ela, todo sistema normativo adotado no Brasil. A segunda seria o artigo ser corrigido por meio de lei, de modo que o sócio devedor entregasse por livre e espontânea vontade sua correspondência referente à massa falida ao Administrador Judicial. E, por fim, a terceira seria a previsão de mutação constitucional, de modo que se passe a interpretar o postulado de outra forma sem que seu texto seja alterado.

O método a ser utilizado no presente trabalho é a análise bibliográfica, a fim de observar como os autores se posicionam a respeito do art. 22, III, ‘d’, da lei 11.101, em relação à Constituição e a legislação penal. Alguns julgados também foram apresentados a fim de que se observe em quais situações o Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação do princípio da inviolabilidade de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é mostrar a posição doutrinária a respeito do polêmico artigo. Busca-se também apontar os problemas à privacidade do sócio devedor e os riscos penais trazidos ao Administrador Judicial no caso de cumprimento do referido dispositivo da Lei de Falências.

Assim, para atingir esse objetivo o presente estudo estruturar-se-á da seguinte forma: num primeiro momento, falar-se-á da nova Lei de Falências, das partes integrantes do processo falimentar e qual a função de cada uma, do Administrador Judicial, passando pela sua remuneração, substituição e destituição, atos processuais exercidos por ele e sua competência, que é expressa pelo artigo 22.

Num segundo momento, tratar-se-á da Lei Falimentar comparada à Constituição Federal. Primeiramente, no que se refere aos direitos fundamentais e secundamente, ao princípio da proteção à inviolabilidade do sigilo de correspondência em relação ao artigo 22, III, d, da Lei 11.101/05.

Por último, analisar-se-á a lei falimentar em contraponto a legislação penal. Estudar-se-á o artigo 22, III, d, da Lei 11.101/05, em relação ao crime de violação de correspondência, o enquadramento do comportamento do Administrador Judicial em exclusão de ilicitude e em erro de tipo, e as alternativas constitucionais ao problemático artigo.

1. O ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI FALIMENTAR

O Administrador Judicial é a pessoa designada em sentença para fazer a administração direta da massa falida. Ele busca resguardá-la ao máximo, pois se trata do objeto por meio do qual os credores podem ter a satisfação de seus créditos. Assim, o tópico analisará a relação dele com a lei que o institui, a Lei de Falências.

Nesse contexto, abordar-se-á a nova Lei de Falências, as partes integrantes do processo falimentar, a função de cada uma e o Administrador Judicial. Em relação a esse, abordar-se-á sua remuneração, substituição e destituição, atos processuais exercidos e sua competência, que é expressa pelo artigo 22.

1.1 A Lei de Falências - Lei nº 11.101/05

Em Julho de 1993, iniciou-se a tramitação legal do projeto de lei 4.376¹ elaborado pelas Comissões constituídas no âmbito do Ministério da Justiça, que dispunha sobre falências e concordatas. Se editada fosse, a nova lei substituiria o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, Lei de Falências vigente à época.

O instituto da falência teve seu início no Brasil com o Código Comercial de 1850 e, posteriormente, passou a ser regulado pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Passados quarenta e oito anos, notáveis mudanças aconteceram no cenário econômico-social brasileiro, de modo que a legislação falimentar mostrava-se defasada e ineficaz aos interesses da sociedade, fazendo-se necessária, então, a edição de nova lei que se adequasse as tecnologias da época e visasse mais celeridade ao processo falimentar.

Segundo a exposição de motivos do referido projeto de lei², a Comissão com a finalidade de elaborar o projeto de lei sobre falências e concordatas foi constituída pela Portaria nº 233/NJ. No entanto, somente alterações superficiais foram sugeridas, o que se mostrou insuficiente. O anteprojeto, então, foi publicado no Diário Oficial da União para que, em todo o âmbito nacional, interessados e setores especializados manifestassem-se sobre o seu conteúdo, de modo que as sugestões recebidas foram encaminhadas ao Ministério da Justiça.

Posteriormente, pela Portaria nº 552/MJ, uma segunda Comissão foi criada a fim de revisar o texto do anteprojeto de reforma da lei falencial.

¹ BRASIL. Exposição de motivos da Lei de Falências: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

² Ibidem.

No conteúdo, visou-se proteger credores, devedores e a conservar a empresa. Pelo anteprojeto, ficaram sujeitas à falência: “as pessoas jurídicas de natureza civil e o devedor individual que explorem atividade econômica, este quando o faça em nome próprio e de forma organizada com a finalidade de produzir bens ou serviços para o mercado”³ como também “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica nos termos do dispositivo constitucional que as sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.⁴ As empresas públicas e sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, ao final, foram excluídas da incidência da Lei de Falências.

Foram previstas outras modificações no anteprojeto. A exemplo, tem-se a instituição da recuperação judicial em substituição à concordata suspensiva, a fim de proteger os interesses econômicos e a manutenção dos empregos. Também previu-se a verificação dos créditos de forma única, excetuando-se os créditos trabalhistas e tributários anteriores à decretação da falência. Juntando-se a lista, foi modificada a atribuição aos Tribunais de Justiça na tarefa organizar, periodicamente, listas de administradores judiciais, comissários e síndicos a serem sorteados pelos juízes das falências. E, em busca de celeridade, passou-se a aplicar normas semelhantes às do procedimento sumaríssimo, entre outras alterações⁵.

O projeto de lei 4376, que data de 1993, passou por longa tramitação no Congresso Nacional, recebendo a sanção presidencial e uma nova numeração, Lei nº 11.101/05, somente em 2005. Alguns trechos, no entanto, foram vetados, como por exemplo, o artigo 4º que dispunha sobre a intervenção de um representante do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e de falência, bem como intervenção desse em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta⁶.

Sancionada e vigente, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A lei não se aplica à empresa pública e sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar,

³ BRASIL. Exposição de motivos da Lei de Falências: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶ BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Veto.

sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores⁷.

Na referida lei, surge a figura do Administrador Judicial, que “será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”⁸, com funções e limites regulados pelo artigo 22 e seguintes da Lei de Falências, objeto de análise dos próximos tópicos.

1.2. Partes integrantes do processo falimentar

Instituída a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se essencial a delimitação dos participantes do processo de falência. As partes integrantes mais conhecidas popularmente são o devedor e seus credores, no entanto, ao que concerne a administração da falência, fundamental é a figura do magistrado, a do representante do Ministério Público e a dos órgãos de falência, compostos pela assembleia de credores, pelo comitê de credores e pelo Administrador Judicial.

O devedor, alvo do processo de falência, é aquele insolvente, que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”⁹, ou aquele que “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”¹⁰ ou, ainda, aquele que:

pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial¹¹.

⁷ Artigos 1º e 2º. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁸ Artigos 21. Ibidem.

⁹ Artigo 94, I. Ibidem.

¹⁰ Artigo 94, II. Ibidem

¹¹ Artigo 94, III. Ibidem

O credor é aquele que não foi pago pelo devedor e que, ou protestou seus títulos executivos que devem totalizar, no mínimo, quarenta salários-mínimos na data do pedido de falência, ou que não percebeu seu devedor depositar ou nomear à penhora bens suficientes dentro do prazo legal, ou aquele que presenciou a dilapidação do patrimônio do devedor.

O magistrado é quem preside a administração da falência. Cabe a ele, em última instância, as decisões concernentes à massa falida, que, segundo TEIXEIRA (2011. Pg 236), é uma universalidade de créditos e débitos da pessoa que se encontra em processo falimentar. Ela não possui personalidade jurídica e serve para atendimento dos interesses dos credores da empresa em processo de falência.

A administração direta da massa pelo magistrado se mostra inviável, já que a tarefa é dispendiosa e os juízes brasileiros não dispõem do tempo necessário para dedicarem-se a ela, considerado o excesso de processos pendentes no judiciário. Ele, portanto, delega essa administração ao Administrador Judicial.

Ao representante do Ministério Público compete atuar no exercício de suas funções constitucionais, ou seja, como fiscal do ordenamento jurídico, *custos juris*. É dever do membro da instituição, por exemplo, impugnar a relação de credores, verificar a ausência de qualquer crédito e manifestar-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado, como prevê o artigo 8º da lei.

Os órgãos de falência, como visto, são representados pela assembleia de credores, pelo comitê de credores e pelo Administrador Judicial. A assembleia de credores é integrada por todos os credores da massa falida e, segundo o artigo 35, II da Lei de Falências, tem competência para deliberar sobre:

II – na falência: a) (VETADO); b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei; d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores¹².

Já o comitê de credores é composto por um representante da classe de credores trabalhistas, um da de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, um da de credores quirografários e com privilégios gerais e um da de representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, cada um com direito a dois suplentes¹³. Ele tem como função principal fiscalizar o Administrador Judicial. As atribuições do comitê estão postuladas no artigo 27 da referida lei, como pode-se observar:

¹² Artigo 35, II . BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

¹³ Art 26 . Ibidem

O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do Administrador Judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial: a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial¹⁴.

A pessoa designada em sentença para fazer a administração direta da massa falida é o Administrador Judicial¹⁵. Sua figura é de vital importância, pois busca resguardar, ao máximo, os interesses da massa, que é o objeto por meio do qual os credores podem ter a satisfação de seus créditos. Desse modo, o patrimônio do empresário individual e da sociedade empresária é administrada por ele, operação que facilita a contagem do ativo e do passivo. O papel do Administrador Judicial será objeto de estudo do próximo tópico, como ver-se-á adiante.

1.2.1. Administrador Judicial

O Administrador Judicial, mais do que qualquer outro agente pertencente ao processo de falência, lida diretamente com a massa e a representa, sendo essa sua principal função no processo. Ele age em nome próprio, portanto, com responsabilidade, devendo cumprir seu encargo para com a Lei e, além disso, é o representante dos interesses dos credores. Ele não é *longa manus* do magistrado, pois age sempre segundo o Art 22 da Lei de Falências, sob fiscalização do juiz e do Comitê de Credores.

Em relação a natureza jurídica, a maioria da doutrina concorda que o Administrador Judicial exerce *munus publicum*, mas com personalidade privada. Nas palavras de SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA (2016, pg 157 e 158):

O Administrador Judicial possui a natureza jurídica de órgão auxiliar da justiça integrando a “organização judiciária da falência” (e, também, da recuperação judicial). Cumpre *munus publicum* cujo ônus é exercido na condição de auxiliar do juízo. Como esclarece MIRANDA VALVERDE, certos órgãos preexistem à instalação dos regimes de crise, porque fazem parte da organização judiciária, como

¹⁴ Artigo 27, I e II. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

¹⁵ “Art. 22. Ao Administrador Judicial compete, sob a fiscalização do, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: III – na falência c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida”. Ibidem

o juiz e o representante do Ministério Público; outros, porém são instituídos por tais regimes, como o Administrador Judicial e a assembleia de credores. O Administrador Judicial é “homem de confiança” do juízo. Não atua nem contra nem a favor do devedor; age no cumprimento de suas funções legalmente definidas.

Para fins penais, no entanto, não há um consenso quanto a equiparação do Administrador Judicial como funcionário público subsumido ao artigo 327 do Código Penal Brasileiro¹⁶.

Ao tratar do assunto, DAMASIO (1989, pg 101) afirma que:

O que caracteriza a figura do funcionário público, permitindo distinção em relação aos outros servidores, é a titularidade de um cargo por lei, com especificação própria, em número determinado e **pago pelos cofres da entidade estatal a que pertence (grifei)**

Na opinião daquele doutrinador, como o Administrador Judicial é pago pela massa falida e não pelos cofres públicos, não seria enquadrado como funcionário público.

No mesmo sentido, versou o Tribunal de Justiça do Paraná, que entendeu que não caracteriza nepotismo desembargador indicar irmão para a função de administrador judicial, já que ele não seria considerado funcionário público¹⁷.

SHARP JUNIOR e ANTONELLO (2011) afirmam que para que o Administrador Judicial seja considerado funcionário público é preciso adotar a posição de que ele exerce cargo ou função pública, e não apenas *munus publicum*. Adotando essa posição, COELHO (2011, pg 109) postula que:

exclusivamente para fins penais, o Administrador Judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e

¹⁶ Funcionário público: Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.)

¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NEPOTISMO. ADMINISTRADOR JUDICIAL IRMÃO DE DESEMBARGADOR. PEDIDO INDEFERIDO. HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL QUE SÃO PAGOS PELO PRÓPRIO FALIDO, E NÃO PELO ERÁRIO PÚBLICO. "MUNUS" PÚBLICO QUE NÃO INTEGRA FUNÇÃO OU CARGO, E QUE NÃO FAZ PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, VEZ QUE ATUA COMO AUXILIAR DA JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 07 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE ATUAÇÃO DEFICIENTE DO ADMINISTRADOR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (TJ-PR 9278588 PR 927858-8 (Acórdão), Relator: Stewalt Camargo Filho, Data de Julgamento: 07/11/2012, 17ª Câmara Cível)

administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.

Já quanto a delegação de atividades, o artigo 7º da Lei de Falências permite que ele conte “com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas”, mas o trabalho que exerce em sentido estrito é indelegável. COELHO (2015, p.376) lembra que no caso de esse profissional especializado ser advogado, deve haver distinção entre o contratado para defesa dos interesses da massa falida e o que representa processualmente o próprio Administrador Judicial, já que somente o primeiro poderá ser pago pela massa falida.

1.2.1.1 Remuneração do Administrador Judicial

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos está postulado o direito à remuneração referente ao trabalho prestado, como se pode observar no Artigo 23º, 3, *in verbis*: “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”.¹⁸

Com o Administrador Judicial não poderia ser diferente. Sua remuneração é fixada conforme discricionariedade do juiz e em obediência aos artigos 24 e 25 da lei da falências. O texto legal informa que o valor e a forma de pagamento observarão “a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes”¹⁹

O limite legal estabelecido no mesmo artigo é o de cinco por cento e, em caso de microempresas e empresas de pequeno porte, de dois por cento²⁰ “do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência”²¹. A forma e o parcelamento do pagamento são livres, mas quarenta por cento do montante devido só poderá ser pago após a entrega e aprovação do relatório final²².

O valor a ser recebido por ele é considerado crédito extraconsursal, por isso, é pago em ordem de preferência em relação aos demais, como se pode observar pelo texto do artigo 84 *in verbis*: “Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com

¹⁸ Art 23. Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

¹⁹ Art. 24. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

²⁰ Art. 24, §5º. Ibidem

²¹ Art. 24, §1º. Ibidem

²² Art. 24, §2º. Ibidem

precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I – remunerações devidas ao Administrador Judicial e seus auxiliares [...]”²³.

Em caso de substituição desse profissional, o substituído receberá proporcionalmente a seu trabalho, salvo em caso de renúncia imotivada ou destituição por descaso, culpa, dolo ou descumprimento de suas obrigações legais como Administrador Judicial, caso em que não perceberá remuneração²⁴. As hipóteses de substituição ou destituição do Administrador Judicial serão alvo de estudo do próximo tópico.

1.2.1.2 Substituição e Destituição do Administrador Judicial

O Administrador Judicial pode deixar suas funções por substituição ou destituição. Segundo COELHO (2015, p.376), o caráter sancionatório só se encontra no segundo caso, sendo o primeiro uma providência prevista em lei que busca a melhor administração do processo de falência.

A destituição, portanto, tem caráter sancionatório e o magistrado tem discricionariedade para, de ofício, ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, determinar a destituição do Administrador Judicial. Ela pode se dar por atos de “desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros”²⁵.

Destituído o Administrador Judicial, outro será nomeado ou serão convocados os suplentes daquele para que o comitê seja recomposto²⁶. A prestação de contas do destituído ocorrerá no prazo de dez dias e será realizada nos moldes da prestação final de contas presentes no artigo 154 da Lei de Falências²⁷. O novo Administrador Judicial será intimado “pessoalmente para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar, na sede do juízo, o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes”²⁸.

COELHO (2015, pg. 377) salienta ainda que:

O Administrador Judicial responde civilmente por má administração ou por infração à lei. Até o encerramento do processo falimentar, somente a massa tem legitimidade ativa para responsabilizá-lo, após, evidentemente, a sua substituição ou destituição. Durante esse prazo, o credor não pode, individualmente, acionar o Administrador

²³ Art 84. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

²⁴ Art. 24, §3º. Ibidem

²⁵ Art 31. Ibidem

²⁶ Art 31 §1º. Ibidem

²⁷ Art 31 §2º. Ibidem

²⁸ Art 33. Ibidem

Judicial, cabendo-lhe apenas, requerer a sua destituição. Mas, uma vez encerrado o processo falimentar, qualquer credor prejudicado por má administração ou infração a lei poderá promover a responsabilização do antigo Administrador Judicial, desde que tenha, contudo, requerido, no momento oportuno, a sua destituição, condição inafastável para a sua legitimação ao pedido indenizatório.

Definidas a remuneração e as formas pelas quais o Administrador Judicial pode perder seu cargo, passemos ao mais importante: suas funções, poderes e competência.

1.2.1.3 Atos processuais exercidos pelo Administrador Judicial

Importante se mostra saber o que é incumbido ao Administrador Judicial. Ele possui competência para impulsionar o processo de falência e lhe são conferidos poderes especiais tendo em vista a melhor administração da massa falida.

No que se refere ao impulsionamento dos atos processuais, quatro se apresentam como principais. São eles: a verificação dos créditos, a apresentação do relatório inicial, das contas mensais e do relatório final.

A verificação dos créditos serve para a constituição da massa falida, de onde será retirado o capital para o pagamento dos credores. A massa falida ativa corresponde aos créditos do empresário ou da sociedade empresária em processo de falência. A massa falida passiva corresponde aos débitos. O Administrador Judicial faz a verificação dos créditos “com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores”²⁹ para constituição do ativo.

Posteriormente, publicam-se dois editais, o primeiro para que, em quinze dias, os credores apresentem suas habilitações e divergências em relação ao crédito encontrado³⁰ e o segundo, em quarenta e cinco dias, para dar publicidade à relação de credores³¹.

Findo esse prazo, o Administrador Judicial é responsável pela constituição do quadro-geral de credores, onde será mencionada a importância em dinheiro e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência³². Até o encerramento da recuperação judicial ou da falência pode ser requerida “a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de

²⁹ Art 33. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

³⁰ Art 7, §1º Ibidem

³¹ Art 7, §2º. Ibidem

³² Art 18. Ibidem

falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito”³³

O segundo ato processual pelo qual o Administrador Judicial é encarregado trata do relatório inicial, que deve ser apresentado em quarenta dias da assinatura do termo de compromisso, prazo que pode, por sua vez, ser prorrogado por igual período³⁴.

Esse relatório versa sobre causas e circunstâncias que conduziram o sócio devedor à situação de falência. Nele, será apresentada uma análise comportamental do falido, sendo apontadas as responsabilidades civil e penal do próprio sócio devedor ou de outra pessoa envolvida, antes ou depois da decretação de quebra³⁵. Caso haja indícios de ocorrência de crime falimentar, o Ministério Público será intimado para tomar as providências cabíveis³⁶.

Caso o Administrador Judicial não apresente esse relatório no prazo estabelecido, será intimado pelo juiz a fazê-lo dentro de cinco dias. Desrespeitada a solicitação, tratar-se-á de crime de desobediência³⁷, situação na qual “o juiz destituirá o Administrador Judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor”³⁸.

O terceiro ato processual relevante praticado pelo Administrador Judicial é o encargo de prestar contas. Mensalmente, até o décimo dia do mês seguinte ao vencido, o Administrador Judicial deve apresentar ao juiz, para que esse junte aos autos do processo, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa da massa falida³⁹.

É importante salientar que as contas apresentadas devem ser aprovadas, pois, do contrário, a pessoa responsável por administrar judicialmente a massa falida fica impedida de sê-lo novamente nos próximos cinco anos, além do impedimento, pelo mesmo período, de participar do processo de falência como membro do Comitê em falência ou recuperação judicial⁴⁰.

Penalização semelhante é aplicada se não forem apresentadas as contas no prazo estabelecido, caso em que o Administrador Judicial será intimado pelo juiz a fazê-lo dentro de

³³ Art 19. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

³⁴ Art 22, III, e. Ibidem

³⁵ Art. 22, III, alínea ‘e’. Ibidem

³⁶ Art. 22, §4. Ibidem

³⁷ Art 23. Ibidem

³⁸ Ibidem

³⁹ Art. 22, III, alínea ‘p’. Ibidem

⁴⁰ Art 30 . Ibidem

cinco dias. Desrespeitada a solicitação, tratar-se-á de crime de desobediência⁴¹, situação na qual “o juiz destituirá o Administrador Judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor”⁴², assim como ocorre na recusa de apresentar o relatório inicial, já explanado.

Deve ser feita nova prestação de contas quando for concluída a realização de todo o ativo e distribuído o produto entre os credores no prazo de trinta dias. Em autos apartados, as contas e seus documentos comprobatórios devem ser apresentados ao juiz, que as apresentará aos interessados abrindo prazo para sua impugnação. Caso sejam rejeitadas, o juiz fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o sequestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa⁴³.

O quarto ato processual relevante é a apresentação do relatório final, que deve ser feita em dez dias contados do julgamento das contas do Administrador Judicial. Ele deve indicar “o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido”⁴⁴. Segundo o artigo 156 da Lei de Falências, após a apresentação do relatório final, o juiz poderá proferir a sentença de encerramento do processo.

Explanados os atos processuais mais importantes de responsabilidade do Administrador Judicial, passemos ao detalhamento de sua competência e poderes.

1.2.1.4 Poderes do Administrador Judicial

Com objetivo de resguardar interesses dos credores de atos dos réus que possam prejudicar a massa, a lei falimentar deu uma série de poderes e permissões ao Administrador Judicial.

O artigo 22, taxativamente demonstra quais são eles, como por exemplo:

I – na recuperação judicial e na falência: a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito; b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados; c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores

⁴¹ Art 23 . BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁴² Art. 23, Parágrafo único . Ibidem

⁴³ Art 154. Ibidem

⁴⁴ Art. 155. Ibidem

quaisquer informações; e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei; f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei; g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões; h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções; i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

II – na recuperação judicial: a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei [...]⁴⁵.

Um dos poderes mais polêmicos conferidos ao Administrador Judicial se mostra presente em seu inciso III, alínea “d”, que autoriza o Administrador Judicial a receber e abrir correspondências dirigidas ao falido entregando a ele o que não for de interesse da massa. Esse é o objeto do estudo trazido com o presente trabalho como será visto nos próximos tópicos.

⁴⁵ Art 22. BRASIL. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

2. A LEI FALIMENTAR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é o centro do ordenamento jurídico brasileiro. É ponto de referência para o desenvolvimento de todo o sistema regido pelo Direito. É nela que estão elencados os direitos fundamentais, que são inerentes a pessoa humana. Toda a legislação infraconstitucional deve observá-la, pois ela é hierarquicamente superior.

O objeto de análise do presente tópico será a Lei de Falências sob o ponto de vista constitucional. Observa-se-á se a referida lei está em conformidade com a Constituição.

Abordar-se-á os direitos fundamentais como um todo, o princípio da proteção à inviolabilidade do sigilo de correspondência e o artigo 22, III, d, da Lei 11.101/05, em relação ao referido princípio.

2.1 Direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais se encontram em destaque na Carta Magna. Isso é um reflexo direto da importância dada pelo Estado aos direitos individuais. Assim sendo, se mostra como prioridade estatal garantir meios de proteção dos cidadãos contra ações do próprio Estado, confirmando um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Segundo SILVA, F. M. A. (2006):

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano, institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

CANOTILHO (2013, pg 245) explica ainda que “os direitos fundamentais tornam-se elementos imprescindíveis do ordenamento jurídico, constituindo-se em um de seus alicerces”.

Como normas constitucionais, os princípios regem todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem hierarquia, de modo que todos são soberanos, logo, devem ser respeitados como norma máxima, obtendo subordinação da legislação infraconstitucional.

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.)

Diante do exposto, surge o questionamento sobre em que medida o direito particular estaria subordinado ao direito fundamental e, em decorrência desse, o questionamento sobre como solucionar conflitos entre princípios, já que não há hierarquia e todos são soberanos. Segundo MAIA; CARNEIRO (2013) os princípios não podem ser considerados normas absolutas, permitindo, por seu alto grau de abstração, certa flexibilidade, a fim de haver compatibilização em sua aplicação ao caso concreto.

Assim, entre a divergência constante de como compatibilizar o direito particular e o direito fundamental, surge a necessidade de se ponderar princípios. ALEXYY (2008):

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a necessidade de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. [...] Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

É possível, desse modo, que os interesses particulares e os fundamentais andem lado a lado, cada um dando lugar ao outro na situação concreta específica. Há, no entanto, princípios que admitem intervenção de interesses particulares expressos, mas isso deve ser feito exclusivamente em situações prescritas pela própria Constituição e sempre com autorização judicial prévia, como é o caso do princípio da inviolabilidade de correspondência.

2.1.1 Princípio da proteção à inviolabilidade de correspondência

No título II da Constituição Federal encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, os quais não podem ser alterados, sequer por reformas constitucionais, conforme art. 60, § 4º, IV⁴⁷ da Constituição Federal.

É nesse rol que se encontra o artigo 5º, inciso XII, que trata da inviolabilidade do sigilo de correspondência, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII - é **inviolável o sigilo da correspondência** e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (**grifei**)⁴⁸

⁴⁷ Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.)

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal:1988.

Analisando o referido artigo, percebe-se que a intenção do constituinte originário foi proteger a comunicação da intervenção de pessoa diversa do destinatário, independentemente de seu conteúdo ser sigiloso ou não. Assim, a proteção não abrange somente o ato de corresponder-se, mas principalmente o conteúdo contido na mensagem transmitida.

Os direitos fundamentais do cidadão, não admitem exceções, senão aquelas previstas expressamente pelo próprio texto constitucional. É o caso da expressão ‘salvo’ contido no artigo 5º, inciso XII da Constituição. É o caso também do Estado de Defesa, e do Estado de Sítio, presentes nos artigos 136 e 139 da Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso XII, em seu texto, permite que a inviolabilidade do sigilo de correspondência seja quebrado por prévia autorização judicial quando “a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Ou seja, o texto constitucional permite que somente para aplicação da lei material ou da lei processual penal, esse sigilo seja quebrado. Sobre o tema CANOTILHO (2013, pg 619) afirma que:

Nesse sentido, por exemplo, a Lei de Execução Penal (art. 41, parágrafo único) autoriza o diretor do estabelecimento prisional a suspender ou restringir, mediante ato motivado, o direito do preso de ter “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”. Ora, em que pese se tratar de uma limitação – e não violação – a um direito fundamental, o dispositivo ordinário em análise não apresenta qualquer incompatibilidade com a ordem constitucional, sendo por ela recepcionado, desde que lido em harmonia com a última parte do inc. XII do art. 5º da Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais também podem ser excetuados em caso de decretação de Estado de Defesa⁴⁹ e em caso de decretação de Estado de Sítio⁵⁰. Esses Estados de Exceção, como postula NOVELINO (2015, pg 857):

devem ser informados por dois critérios básicos: a necessidade e a temporariedade. A necessidade pressupõe a ocorrência de situações de extrema gravidade e demandarem a adoção de medidas excepcionais para manter a estabilidade das

⁴⁹ “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar **estado de defesa** para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por **grave e iminente instabilidade institucional** ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o **tempo de sua duração**, especificará as **áreas a serem abrangidas** e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: b) **sigilo de correspondência**” (grifei). Ibidem

⁵⁰ “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: III - **restrições relativas à inviolabilidade da correspondência**, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (grifei) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal:1988.)

instituições democráticas ou restabelecer a ordem constitucional. A temporariedade impõe a limitação temporal do estado de legalidade extraordinária ao período em que a situação emergencial perdurar.

Ambos devem prever datas de começo e fim, não podendo vigorar por período indeterminado. Devem também especificar as garantias constitucionais restringidas, as quais devem ter expressa previsão constitucional, como é o caso da permissão à violação do sigilo de correspondência.

Fora essas hipóteses previstas constitucionalmente, sob amparo da rigidez da Constituição e do, como já citado, art. 60, § 4º, IV, que impede a “deliberação da proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”, não há possibilidade de se quebrar o sigilo de correspondência, visto que esse é protegido por um princípio.

Legislação infraconstitucional não pode, portanto, excetuar o princípio ou permitir que, de outras formas, a correspondência possa ser devassada, a não ser que se trate de lei penal ou processual penal. Mesmo tratando da falência do empresário e da sociedade empresária, ou seja, de conteúdo comercial/empresarial, a lei 11.101/05 possibilita a intervenção de pessoa diversa do destinatário em sua correspondência, como se vê adiante.

2.2 Artigo 22, III, d da Lei 11.101/05 em relação à inviolabilidade de correspondência

A Lei nº 11.101/05, Lei de Falências, permite que a correspondência endereçada ao sócio devedor no processo falimentar seja aberta pelo Administrador Judicial, a fim de melhor garantir os direitos da massa falida, buscando, por esse meio, mais informações sobre ela.

O artigo 22, III, “d”, da referida Lei, prevê que:

Art. 22. Ao Administrador Judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência: [...] d) receber e **abrir a correspondência dirigida ao devedor**, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa⁵¹ (grifei)

A permissão concedida pela Lei tem a intenção de proteger a massa falida, visto que, não sendo de interesse da massa, a correspondência deve ser devolvida ao seu dono

⁵¹ Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

original, o sócio devedor. Percebe-se que, nessa busca por proteção, procura-se tão somente resguardar a razão de ser do processo falimentar, ou seja, a satisfação de crédito dos credores.

Para SILVA, L. V. (2015), no entanto, a argumentação nessa linha é utilizada pelos favoráveis de tal ação ao dizerem que ela está baseada no bem comum. Eles se esquecem, no entanto, da tutela a um dos principais direitos fundamentais do cidadão positivados em nossa Constituição: o direito à privacidade.

Nos dizeres de CANOTILHO (2013, pg 621):

A correspondência – entendida como comunicação dentro da legalidade entre pessoas – é inviolável; já o sigilo das comunicações telegráficas, das comunicações de dados (seja por fax modem ou por qualquer outra forma, inclusive pelas sofisticadas formas que superam o modus “linha telefônica”) e as comunicações telefônicas, podem ser violadas pelo Estado, desde que por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

É também fundamental lembrar, novamente, da previsão das exceções à inviolabilidade da correspondência, que são a referentes a lei material e processual penal e estados de exceção: Estado de Sítio e Estado de Defesa.

Embora a Lei de Falências possua disposição sobre crimes falimentares, não se pode dizer que seu teor seja de direito material ou processual penal, pois dispõe sobre recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária. Ou seja, é uma Lei de Direito Comercial/Empresarial.

É importante lembrar também que a Lei de Falências não pode ser pautada na vigência dos Estados de Exceção, devendo ter aplicabilidade, sobretudo, em situações rotineiras, que não fogem aos padrões esperados de convivência social.

Assim, constitucionalmente, não se justifica a permissão dada pela Lei 11.101/05 para a quebra desse sigilo⁵². É o que pensa GRINOVER (1994, p. 154):

A disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre **uma única exceção**, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que **com relação às demais** formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) **a inviolabilidade se torna absoluta**. (grifei)

E SILVA, J. A. (1992, p.383):

Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem ou interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de

⁵² Optou-se por fazer citação direta dos autores para não se perder o sentido original do texto.

interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, **mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos.** O objeto da tutela é dúplice: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade. (grifei)

Há, no entanto, quem defenda a constitucionalidade do referido dispositivo da Lei de Falências. É o caso de WANER; FREITAS (2009), ao expor que o Administrador Judicial se colocaria numa posição tal qual a do sócio ou administrador da empresa em crise, e, por esse ponto de vista, estaria abrindo correspondência própria, mas sem o direito de divulgar informações a terceiros.

Isso não se verifica, pois a administração da empresa falida, em tese, compete ao juiz e esse a delega ao Administrador Judicial. O último, no entanto, como visto, não corresponde a *longa manus* do magistrado, não podendo, dessa forma, devassar correspondência alheia e, mesmo se fosse, o juiz falimentar não pode determinar a violação de correspondência, pois essa é uma atribuição, como visto, do juízo penal/criminal.

Outro defensor da constitucionalidade do polêmico artigo é MORAES (2003, p.240) quando afirma que :

A interpretação do presente inciso deve ser feita de modo a entender que a lei ou a decisão judicial, poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre visando salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas. No tocante, porém, à inviolabilidade das comunicações telefônicas, a própria Constituição Federal antecipou-se e previu requisitos que deverão, de forma obrigatória, ser cumpridos para o afastamento dessa garantia.

Assim, o autor, mesmo defendendo a possibilidade de o Administrador Judicial abrir correspondência de terceiro, admite que isso só pode ser feito caso se cumpram determinados requisitos. Esquece-se, *maxima venia*, que os requisitos são matéria penal e Estado de exceção, que não se aplicam a Lei de Falências, como já explanado anteriormente.

Na mesma linha, argumenta FARIA (1959, pg 31), ex-ministro do Supremo Tribunal Federal em seu tempo:

Essa garantia sempre foi assegurada entre nós, para consagrar a inviolabilidade da correspondência, em todos os nossos estatutos políticos. Mas, esse princípio não é absoluto e comporta exceções, como resulta do próprio texto constitucional, quando estabelece que – ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A possibilidade de ser devassado o conteúdo da carta há de ser expressamente outorgada, ou resultar implícita **como faculdade necessária e resultado do direito inerente à função exercida pelo agente**, ou cujo exercício é autorizado pela sua posição jurídica em relação ao destinatário, tal ocorre: a) em relação à correspondência comercial do falido [...]. (grifei)

SILVA, L. V. (2015), ao apresentar a doutrina favorável a constitucionalidade do artigo nos trás também o Recurso Extraordinário 389.808 do Paraná, julgado em 2010, que afastou o sigilo de dados relativos ao contribuinte em favor da Receita Federal, excetuando o princípio fora dos casos previstos na Constituição⁵³. A ministra Carmem Lúcia, em seu voto no referido acórdão, afirma não vislumbrar agressão aos direitos fundamentais, pois “não me parece que tenha havido quebra de privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração para o cumprimento das finalidade da Administração Pública, aqueles dados”. Assim, abriu-se um precedente no sentido de que não só em ações penais o sigilo de correspondência poderá ser quebrado.

Em meio a esse posicionamento, frisa-se a importância de proteger os direitos fundamentais, visto que são a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Contrapondo quem defende a constitucionalidade dos artigos, FERREIRA (1966, p.71), que escrevia sob a ótica da Constituição de 1946, também protetora do princípio da inviolabilidade do sigilo de correspondência, conclui que:

Nesses termos, o dispositivo viola o dispositivo constitucional. Que possa caber ao síndico o dever de receber a correspondência do falido, pode se admitir, não, todavia, que possa abri-la, ainda que em presença deste ou de pessoa por ele designada. Abrindo-a, de uma olhada ele se inteira do conteúdo da missiva quebrando-lhe o sigilo, que o texto constitucional não nega a ninguém o direito de ver respeitado, ainda mesmo que seja o falido.

Nos lembra SILVA, G. M. (2005) que o decreto revogado, Decreto-lei nº 7.661, antiga Lei de Falências, exigia que o sócio devedor estivesse presente na abertura de sua correspondência. O referido autor faz, então, uma comparação com a era medieval, na medida em que o falido, por qualquer razão de quebra, era considerado ladrão público, não possuindo, por essa razão, direitos de qualquer espécie.

É interessante também o argumento de que o Administrador Judicial pelo artigo 7º da Lei de Falências pode contar “com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas”, assim, o conteúdo da correspondência não estaria restrito a ele, profissional de confiança do

⁵³ SIGILO DE DADOS. – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da Republica norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218).

juízo, mas passível de violação por todo o grupo de trabalho contratado para a administração da massa falida.

Há de se pensar, ainda, na possibilidade de quebra de sigilo de correspondência eletrônica, pois, como a Carta Magna não adstringe a correspondência a meios físicos, essa seria também passível de quebra. É o que defende o STF sob o argumento de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador”⁵⁴.

Percebe-se, então, que a inviolabilidade da correspondência eletrônica também é amparada pela Constituição e pela tutela do direito à intimidade e à vida privada.

É por esse motivo que SILVA, L. V. (2015) questiona-se se o Administrador Judicial teria direito a acesso aos e-mails do falido. Nos dizeres da doutrinadora, “se a correspondência física é meio de fiscalização do Administrador Judicial, também seria necessário a verificação dos e-mails e até SMS do falido.”

Essa possibilidade mostra o quão evasiva é a aplicação do dispositivo. Como já dito, toda a equipe de trabalho do Administrador Judicial teria acesso a essas correspondências e, tendo direito a inspeção de e-mails, mensagens eletrônicas e mensagens via SMS, o direito de privacidade do falido estaria cerceado, na medida em que muitas pessoas teriam acesso a sua vida privada e, inevitavelmente, a vida de terceiros correspondentes do Administrador Judicial.

Isso corresponde a violação ao direito à proteção da inviolabilidade de correspondência, mas também ao direito a vida privada. Seria o mesmo que, enquanto estiver correndo o processo de falência, o falido deixasse de ser cidadão constitucionalmente protegido. Isso, em hipótese alguma, é permitido pela Constituição e pelos tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Pelo exposto, o artigo 22, III, d da Lei de Falências, Lei 11.101/05, não pode ser aplicado, devendo ser declarado inconstitucional, pois afronta diretamente os direitos fundamentais daquele que é declarado falido. Sendo esses direitos taxados no rol de cláusulas pétreas da Constituição, não podem ser abolidos e nem alterados por emenda, quiçá por lei infraconstitucional. O legislador, portanto, errou permitindo ao Administrador Judicial “receber e abrir correspondências dirigidas ao falido”, o que deve ser corrigido pela Suprema Corte com a declaração de inconstitucionalidade da referida alínea.

⁵⁴ RE: 418416 SC, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/05/2006, Tribunal Pleno.

3. A LEI FALIMENTAR EM CONTRAPONTO À LEGISLAÇÃO PENAL

A Lei de Falências e a legislação penal referente ao serviço postal, lei 6.538/78, são de mesma hierarquia. Desse modo, uma não pode se sobressair à outra, devendo, ambas, seguir o previsto na Constituição. Isso não ocorre. Enquanto a Lei de Falências permite ao Administrador Judicial “receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa” o artigo 40 da lei 6.538/78 criminaliza tal conduta como violação de correspondência.

No presente tópico, estudar-se-á o artigo 22, III, d, da Lei 11.101/05, em relação ao crime de violação de correspondência e às alternativas constitucionais ao problemático artigo.

3.1 O crime de violação de correspondência

De acordo com a teoria da hierarquização das normas de Kelsen (2012, pg 215-306), a unidade de um ordenamento jurídico se forma porque há normas inferiores que respeitam as superiores, não estando todas elas no mesmo plano. BOBBIO (1999, pg 49), no mesmo sentido, afirma que “as [normas] inferiores dependem das superiores”, de forma que não se trata apenas de uma relação de respeito para com a norma superior, mas de dependência.

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio da constitucionalidade, todas as normas hierarquicamente inferiores devem estar em conformidade material e formal com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como vimos, isso não acontece com o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei Falimentar, que fere o princípio da inviolabilidade de correspondências.

O ferimento de um princípio expresso na Constituição é a maior afronta realizada pelo referido dispositivo da Lei de Falências, mas não é o único. O dispositivo também entra em embate direto com uma norma de mesma hierarquia: a lei 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispõe sobre os Serviços Postais e prevê o crime de violação de correspondência.

Inicialmente previsto no artigo 151 do código penal de 1940, o crime de violação de correspondência mantinha a redação “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”. Posteriormente, o artigo 40, da lei 6.538/78, revogou tacitamente tal dispositivo passando a vigorar com o mesmo texto, alterando somente a pena: “Devassar indevidamente o conteúdo

de correspondência fechada dirigida a outrem: Pena: detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa”.

Trata-se de crime comum, mas que se praticado por funcionário público subsume-se ao tipo de abuso de autoridade (artigo 3º, c, da lei 4.898/65). Em relação ao administrador judicial, viu-se que, a depender da corrente doutrinária a ser adotada, pode ser considerado funcionário público ou não.

Segundo CUNHA (2015b, pg 211) o tipo do artigo 40 da lei 6538/78 contém um elemento normativo: a necessidade de que a violação seja ‘indevida’. Por esse ponto, a conduta do administrador judicial não seria tipificada como crime, pois faltaria o elemento normativo. É permitido pela Lei de Falências que o Administrador Judicial abra a correspondência do sócio devedor, assim, não se enquadra em ‘indevidamente’.

Defende-se o sentido oposto. Enquanto a Lei de Falências permite ao Administrador Judicial “receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa”⁵⁵, a lei penal tipifica que quem “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem” será condenado a pena de “detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa”⁵⁶. Desse modo, destaca-se que ‘o que não for assunto de interesse da massa’ não é da competência do Administrador Judicial, o que se encaixa na palavra ‘indevidamente’ prevista na tipificação do crime de violação de correspondência.

Assim, pela Lei de Falências, é afastado da proteção do princípio da inviolabilidade de correspondências apenas o assunto de interesse da massa falida. Qualquer assunto além desse não concerne a ninguém além do próprio destinatário da correspondência, no caso, o empresário devedor.

Surge então o questionamento: como o Administrador Judicial saberia o conteúdo da correspondência antes de sua abertura? Para não ferir o artigo 40 da lei 6.538/78, de alguma forma, ele teria que saber, ou mesmo adivinhar, quando o assunto da correspondência se referiria à pessoa física do empresário; quando se referiria à empresa em processo de falência, mas não atinge a massa falida e quando se referiria à empresa em processo de falência atingindo a massa falida, de modo a confiscar somente a última.

CUNHA (2015b, pg 212) escreve sobre o problema:

⁵⁵ Art 22, III, d da Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁵⁶ Art 40 da lei 6.538/78. Dispõe sobre os Serviços Postais.

Partindo da premissa de que nenhuma liberdade pública é absoluta, a própria lei dispõe expressamente sobre as hipóteses em que há autorização para violação de correspondência, quais sejam: a) a Lei de Falências e recuperação judicial (Lei 11.101/05), em seu artigo 22, III, d, autoriza a abertura, pelo síndico, de correspondência endereçada ao falido, **desde que presente interesse da massa. [...]** (grifei)

Não há como saber se há interesse da massa antes de abrir a correspondência. O Administrador Judicial, assim, correria o risco de abrir correspondência do empresário devedor que não seja de interesse da massa. Estaria, portanto, sendo induzido a cometer o crime de violação de correspondência.

Isso aumenta com a hipótese de erro ou confusão das correspondências da pessoa física e da pessoa jurídica. Isso pode acontecer mais facilmente se o nome de ambas for igual ou semelhante.

É recorrente no Brasil que o nome do empresário, pessoa física, seja o mesmo de sua empresa, pessoa jurídica. Isso pode decorrer de disposição legal. Assim, não é raro que as correspondências de ambos sejam enviadas para o mesmo local, o que facilita a troca de um por outro.

Segundo COELHO (2015, pg 98-100), todo empresário, tratando-se de pessoa física ou jurídica, tem um nome empresarial, que é o usado em suas relações comerciais. Esse nome é a manifestação de um direito de personalidade. Ele é usado como elemento de identificação do empresário e difere da marca, do nome de domínio e do título do estabelecimento.

O nome empresarial, segundo artigo 1.155 do Código Civil⁵⁷, pode ser de dois tipos: firma ou denominação. As empresas constituídas sob firma, necessariamente, terão como nome da empresa, o nome civil do empresário e/ou dos seus sócios, enquanto que no caso das empresas constituídas sob denominação e no caso do empresário individual, pode ser que o empresário opte por batizar sua empresa com seu nome ou outro de sua preferência.

Tendo a empresa o mesmo nome do sócio, por escolha ou imposição legal, fica fácil confundir, trocando as correspondências endereçadas à pessoa física do empresário com as endereçadas à pessoa jurídica, principalmente no caso de endereçamento de ambas ao mesmo local, como pode ocorrer com correspondência pessoal, que não tem nenhuma relação com o processo falimentar.

⁵⁷ “Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.
Parágrafo único. Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações.” (Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.)

Assim, abrindo-se a correspondência endereçada à pessoa física pensando ser endereçada à pessoa jurídica poder-se-á incorrer no tipo do artigo 40, da lei 6.538/78, crime de violação de correspondência.

Ou seja, quando o Administrador Judicial confundir a correspondência endereçada à pessoa física pensando ser à jurídica, poderá cometer tal crime. Quando não confundi-la e abrir a correspondência endereçada à pessoa jurídica, poderá, também, cometer o referido crime, pois o assunto da correspondência pode não concernir à massa falida.

Há ainda a hipótese de o juiz de falência, ou do tribunal, acatar a tese defendida por autores como Fábio Ulhoa Coelho, que defendem que o Administrador Judicial é funcionário público⁵⁸, subsumindo-se ao artigo 327 do Código Penal⁵⁹.

Nesse caso, o crime em questão não será o de violação de correspondência, mas o de ‘exercício arbitrário ou abuso de poder’⁶⁰, que foi revogado e absorvido pela lei 4.898/65, que define os crimes de abuso de autoridade. O artigo 3º, c, da referida lei de abuso de autoridade prevê que “constitui abuso de autoridade qualquer atentado ao sigilo da correspondência”, cominando a sanção penal de “multa, detenção por dez dias a seis meses e perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos”⁶¹, podendo as três penas ser “aplicadas autônoma ou cumulativamente”⁶².

Em suma, caso o juiz ou tribunal entenda que o Administrador é Funcionário Público, o crime será o de abuso de autoridade e a sanção penal cominada varia de dez dias a seis meses, acrescida de multa e perda do cargo. Se o entendimento for de que não se trata de funcionário público, a sanção penal é de até seis meses ou multa. A pena não varia muito nas duas hipóteses, no entanto, em caso de condenação, o Administrador Judicial sofreria as consequências de um crime que, em tese, foi induzido a cometer.

⁵⁸ “Exclusivamente para fins penais, o Administrador Judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.” COELHO (2011, pg 109)

⁵⁹ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

⁶⁰ Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena - detenção, de um mês a um ano. (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.)

⁶¹ Artigo 6º, §3º, a, b e c da lei 4.898, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

⁶² Artigo 6º, §4º da lei 4.898, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

3.2 Exclusão de ilicitude e erro de tipo

Em defesa do Administrador Judicial, pode-se pensar na hipótese de exclusão de ilicitude por estrito cumprimento de um dever legal. Poder-se-á alegar também que, no caso de ele abrir a correspondência pensando estar presente interesse da massa falida, está configurado erro de tipo.

Sobre o estrito cumprimento de um dever legal, disserta CUNHA (2015a, pg 262):

O agente público, no desempenho de suas atividades, não raras vezes é obrigado, por lei (em sentido amplo), a violar um bem jurídico. Essa intervenção lesiva, dentro de limites aceitáveis, estará justificada pelo estrito cumprimento de um dever legal, não se consubstanciando, portanto, em crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP). De fato, seria de todo desarrazoado que a lei estabelecesse a prática de determinada atividade pelo agente e, ao mesmo tempo, impusesse-lhe pena caso esta atividade se subsumisse a algum fato típico. E no caso dessa descriminante, isso se torna ainda mais evidente porque, ao contrario do que ocorre no exercício regular de direito, aqui a lei obriga o agente a atuar; a punição consistiria em verdadeira teratologia.

Entende-se que a hipótese de exclusão de ilicitude por estrito cumprimento de um dever legal se assemelha ao explanado sobre o elemento normativo. É dever do Administrador Judicial abrir a correspondência que concerne aos interesses da massa. Abrindo a correspondência e essa não se referindo aos interesses daquela, estar-se-á fora da proteção da exclusão de ilicitude, cometendo-se crime. Não há, no entanto, como saber qual é o assunto da correspondência antes de abri-la.

Excluída a possibilidade de exclusão de ilicitude por estrito cumprimento de um dever legal, passa-se à análise da hipótese de erro de tipo. Ele está previsto no artigo 20 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

CUNHA (2015a, pg 206), ao explicar do que se trata o erro de tipo, postula que “o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade. Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que agregam a determinada figura típica”. Assim, pensar estar abrindo correspondência com conteúdo de interesse da massa falida, mas na verdade tratar-se de correspondência de teor pessoal e individual do sócio devedor, se enquadra no erro que recai sobre as circunstâncias da figura típica da violação de correspondência.

No caso em estudo, aplica-se a classificação de erro de tipo essencial, já que o erro recairia sobre os dados principais do tipo penal, de modo que, se avisado do erro, o agente não agiria criminosamente.

Desse modo, na hipótese de o Administrador Judicial ser acusado de cometer o crime do artigo 40 da lei 6538/78 ou o do artigo 3º da lei 4898/65, deve ser enquadrado em erro de tipo, visto que não há a intenção de violar a correspondência pessoal do sócio devedor ou de saber sobre assuntos que não concernem à massa falida, mas apenas buscar ativos para que seja feito o pagamento dos credores.

Mesmo em caso de absolvição por erro de tipo, o Administrador Judicial responderia a um processo criminal dispendioso de tempo e dinheiro sem nenhuma necessidade, além de que, em longa escala, várias situações como essa, poderiam agravar ainda mais a situação caótica que se encontra o judiciário brasileiro.

Ainda que absolvido, os transtornos sociais causados a qualquer acusado de crime são significativos. Com o Administrador Judicial não seria diferente. Assim, os danos seriam irreparáveis ao nome e a imagem daquele que foi, por um erro decorrente de lei e de hierarquia, acusado.

Desse modo, além de caracterizar afronta a um dos direitos fundamentais postulados na Constituição, o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei Falimentar, pode induzir o Administrador Judicial ao cometimento de crime. Para não cometer o crime do artigo 40 da lei 6538/78 ou o do artigo 3º da lei 4898/65 deveria, de alguma forma, saber, ou mesmo adivinhar, qual o conteúdo da correspondência antes de abri-la, o que é impossível.

3.3 Alternativas constitucionais ao problema

Por se tratar de dispositivo que fere o texto constitucional e que pode induzir o Administrador Judicial a erro, o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei de Falências deve ter sua inconstitucionalidade decretada. Afirma CANOTILHO (2013, pg 188-189):

Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio: ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela. Como consequência do princípio da supremacia constitucional, **nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição**. Para assegurar esta superioridade, a ordem jurídica concebeu um conjunto de mecanismos destinados a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade.

Assim, por ser “incompatível com a Constituição” o artigo em estudo perde sua validade e, ao passar pelo controle de constitucionalidade, seria extirpado do sistema normativo brasileiro. Desse modo, não haveria violação de correspondência (artigo 40 da lei 6538/78), nem abuso de autoridade (artigo 3º da lei 4898/65), nem desrespeito a norma fundamental positivada no art. 5º, XII da Constituição Federal.

Outra solução viável seria a alteração do dispositivo inconstitucional por meio de lei, de modo que o sócio devedor abrisse, normalmente, sua correspondência, entregando, de livre e espontânea vontade, calcado no princípio da boa-fé, tudo o tenha referência com a massa falida para o Administrador Judicial.

A boa-fé do Administrador Judicial, por si só, não traz segurança ao processo falimentar. A entrega da correspondência de interesse da massa falida poderia ser garantida, então, pela própria Lei de Falências. Em caso de descumprimento de tal determinação, incorreria-se em sanção penal tipificada naquela lei.

Outra alternativa seria a mutação constitucional/normativa. Ela se dá quando o texto do referido artigo continua o mesmo, mas há modificação do seu conteúdo. FERRAZ (1986, pg 9) conceitua que mutação constitucional:

consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Assim, o texto “receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa”⁶³ poderia passar a ser interpretado como “receber [DO DEVEDOR] e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele, o que, [AINDA ASSIM,] não for assunto de interesse da massa” (alterações nossas). Essa modificação de conteúdo seria, portanto, no sentido de que, somente depois de aberta a correspondência pelo próprio sócio devedor e percebido o conteúdo como sendo de interesse da massa falida, haveria a entrega dessa, por livre e espontânea vontade, calcada no princípio da boa-fé, ao Administrador Judicial.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade, a alteração do dispositivo e a mutação constitucional, tem-se saídas viáveis para o problema da incompatibilidade do artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei de Falências com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo

⁶³ Art 22, III, d da Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

que a norma possa ser aplicada sem trazer prejuízos ao Administrador Judicial ou ao sócio devedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se analisar o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da Lei 11.101/05 segundo o qual o Administrador Judicial tem permissão para abrir a correspondência do devedor em busca de assuntos do interesse da massa falida. Como visto, isso está em discrepância com o princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência e com o disposto no artigo 40 da lei 6538/78, que tipifica o crime de violação de correspondência ou o no artigo 3º da lei 4898/65, que tipifica abuso de autoridade, sendo aplicado um ou outro de acordo com a corrente adotada sobre a tese de o administrador judicial ser considerado funcionário público ou não.

Tratando-se de direitos e garantias individuais, o disposto no referido princípio é protegido pela cláusula pétrea, ou seja, a proteção prevista pelo princípio não pode ser abolida por emenda constitucional ou lei infraconstitucional e deve ser observada por toda a legislação pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o trabalho buscou analisar o que a melhor doutrina conclui sobre o assunto e soluções para o problema.

Partiu-se do entendimento de que os princípios regem todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem hierarquia, de modo que todos são soberanos. Devem, portanto, ser respeitados como norma máxima, obtendo subordinação da legislação infraconstitucional.

Argumentou-se que receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor corresponde à violação grave ao direito à privacidade. Isso seria o mesmo que enquanto estivesse correndo o processo de falência, o falido deixasse de ser cidadão protegido, o que não é permitido pela Constituição ou por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

No primeiro capítulo, estudou-se a Lei de Falências. Dissertou-se sobre a exposição de motivos do seu projeto de lei, as partes do processo falimentar e sobre o Administrador Judicial. Viu-se também as disposições presentes na lei como competência dele.

No segundo capítulo, estudou-se a Lei de Falências em relação à Constituição Federal. Abordou-se, inicialmente, o tratamento dado por doutrinadores aos direitos fundamentais e seus limites. Depois, dissertou-se sobre o princípio da proteção à inviolabilidade do sigilo de correspondência em relação ao artigo 22, III, d da Lei 11.101/05. Com o referido estudo, passando pela abordagem de vários doutrinadores sobre o tema, ficou perceptível que o referido artigo viola o disposto na Carta Magna.

Por fim, no terceiro capítulo, foram estudados os impactos do referido artigo da Lei de Falências na legislação penal, de modo que ambas as legislações se contradizem.

Entendeu-se que a lei falimentar induz o Administrador Judicial ao cometimento do crime do artigo 40 da lei 6538/78, que tipifica o crime de violação de correspondência ou o no artigo 3º da lei 4898/65, que tipifica abuso de autoridade, a depender de o administrador judicial ser ou não considerado funcionário público.

A partir do presente estudo, conclui-se, portanto, que o artigo 22, inciso III, alínea “d”, da lei falimentar, por ferir o artigo 5º, XII da Constituição Federal, é inconstitucional. Ou seja, não se tratando dos moldes estabelecidos por lei material ou processual penal ou não estando decretados os Estado de Defesa ou de Sítio, a correspondência é inviolável.

Há quem defenda o ponto de vista contrário, como, por exemplo, quem afirma que a lei ou a decisão judicial, poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, visando salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas. Há também quem defenda que o Administrador Judicial se colocaria numa posição tal qual a do sócio ou administrador da empresa em crise, e, por esse ponto de vista, estaria abrindo correspondência própria, mas sem o direito de divulgar informações a terceiros. Como o artigo 5º, XII da norma constitucional excetua que apenas por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, o sigilo de correspondência possa ser quebrado, vimos que não se mostra viável tais orientações.

Conclui-se também que o referido artigo da Lei de Falências contradiz o disposto no artigo 40 da lei 6538/78, que tipifica o crime de violação de correspondência e o no artigo 3º da lei 4898/65, que tipifica abuso de autoridade.

A Lei de Falências autoriza o Administrador Judicial a receber e abrir correspondências dirigidas ao falido entregando a ele o que não for de interesse da massa. Penalmente essa conduta é tipificada como violação de correspondência, no caso de o agente ser pessoa comum, e é tipificada como abuso de autoridade, no caso de o agente ser funcionário público.

Pode haver, assim, erro pelo Administrador Judicial que acredita estar abrindo correspondência endereçada a pessoa jurídica, enquanto abre correspondência endereçada a pessoa física. Isso pode acontecer em casos de empresas registradas sob firma, ou seja, que o nome civil do empresário é o mesmo de sua empresa. Existe a possibilidade também de, mesmo que endereçada a pessoa jurídica, o conteúdo da correspondência não concernir aos interesses da massa falida.

Sendo assim, uma solução para o problema se mostra necessária. O presente trabalho apontou três. A primeira seria o artigo ser declarado inconstitucional, pois a afronta a norma fundamental e se a Constituição é ferida todo sistema normativo adotado no Brasil também o é. A segunda seria o artigo ser corrigido por meio de lei, de modo que o sócio devedor entregue por livre e espontânea vontade sua correspondência referente à massa falida ao Administrador Judicial. Por fim, a terceira seria a previsão de mutação constitucional, de modo que se passe a interpretar o postulado de outra forma sem que seu texto seja alterado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei 2.848. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017

_____. Código civil (2002). Lei 10.406. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017

_____. Exposição de motivos da Lei de Falências: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Lei de Falências (2005). Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017

_____. Lei 4898 (1965). Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Lei 6538 (1978). Dispões sobre os serviços postais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4376/93. Altera Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, Lei de Falências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 389808, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, Tribunal Pleno. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735568/recurso-extraordinario-re-389808-pr>> Acesso em: 22 set. 2017.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 418416 SC, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/05/2006, Tribunal Pleno. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732487/recurso-extraordinario-re-418416-sc>> Acesso em: 22 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Paraná. TJ-PR 9278588 PR 927858-8 (Acórdão), Relator: STEWALT CAMARGO FILHO, 17ª Câmara Cível, julgado em 07/11/2012, Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22751446/9278588-pr-927858-8-acordao-tjpr?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 mai. 2017

CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Al medina, 2013. Disponível em: file:///C:/Users/Amanda/Downloads/Comentarios-a-Constituicao-do-Brasil-Gilmar-Mendes-Canotilho-Lenio-Ingo-etc-2013-SARAIWA.pdf. Acesso em: 07 out 2017

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas. 8ª Edição. Editora Saraiva: 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leonardo Mateus Tosta da. Os poderes conferidos ao Administrador Judicial nos processos de falência e recuperação judicial: Quem é o Administrador Judicial?. Uberaba: 2015. Disponível em: <<https://leotostacunha.jusbrasil.com.br/artigos/265723936/os-poderes-conferidos-ao-administrador-judicial-nos-processos-de-falencia-e-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 21 set. 2017

CUNHA, Rogério, Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 3 ed. rev. amp. E atual. Salvador: editora Juspodivm, 2015a.

CUNHA, Rogério, Sanches. Manual de direito penal: parte especial. 7 ed. rev. amp. E atual. Salvador: editora Juspodivm, 2015b.

FARIA, Bento. Código Penal brasileiro comentado. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FERRAZ, Ana Cândida Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial: estatuto da falência e da Concordata. São Paulo: Saraiva, 1966.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; MENDES, Valleria Tavares. A Inconstitucionalidade Do Artigo 22 Da Lei de Falências Frente Ao Princípio Da Inviolabilidade De Correspondências. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14780>. Acesso em: 29 mai. 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. São Paulo: Malheiros, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, vol. IV. 2ª Ed. Saraiva. SP/SP. 1989.

KELSEN, Hans,. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O QUE É ISTO - PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS? XII SEPA - Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, UNIFACS, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 23 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed.rev. amp. E atual. Salvador: editora Juspodivm, 2015

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência - Teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016

SHARP JUNIOR, Ronald; ANTONELLO, Fernanda. A natureza jurídica do Administrador Judicial. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: < <https://airesadv.com.br/a-natureza-juridica-do-administrador-judicial/>>. Acesso em: 20 de set. 2017

SILVA, Flavia Martins André da . Direitos fundamentais: os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista). 2006. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 29 mai. 2017

SILVA, Gessivando Meneses da. O Administrador Judicial: órgão essencial à falência e à recuperação de empresas na Lei no 11.101/05. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-administrador-judicialorgao-essencial-a-falencia-e-a-recuperacao-de-empresas-na-lei-11-101-05/124239/#ixzz3WHjQEpa3>>. Acesso em: 22 set. 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Luciana Vasco da. A (In) Constitucionalidade do Sigilo de Correspondência na Lei de Falência. Revista de ciências jurídicas e empresariais. 2015. Disponível em: < <http://pgsskroton.com.br/seer//index.php/juridicas/article/view/3311>>. Acesso em: 28 jun. 2017

WANER, Helberth; FREITAS, Cristina. Da Abertura De Correspondências Pelo Administrador Judicial: (In) Constitucional. Contagem, MG, 2009. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2157&idAreaSel=12&seeArt=yes>>. Acesso em: 29 mai. 2017